



Roj: **AAP PO 3332/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:3332A**

Id Cendoj: **36038370012017200288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **04/10/2017**

Nº de Recurso: **468/2017**

Nº de Resolución: **311/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MANUEL ALMENAR BELENGUER**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

AUTO: 00311/2017

N10300

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

BF

N.I.G. 36038 47 1 2016 0301213

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000468 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: **DILIGENCIAS PRELIMINARES** 0000388 /2016

Recurrente: TAKATA AG

Procurador: JOSE FRANCISCO VAQUERO ALONSO

Abogado: MARIA GLORIA VIÑALS GABAÑACH

Recurrido: DALPHI METAL ESPAÑA SL, TRW AUTOMOTIVE SERVICES SL , Oscar

Procurador: JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO , JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO

Abogado: FRED A VALENCIA GARCIA, FRED A VALENCIA GARCIA , FRED A VALENCIA GARCIA

Ilmos. Magistrados D. Francisco Javier Menéndez Estébanez

D. Manuel Almenar Belenguer

D. Jacinto José Pérez Benítez

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, CONSTITUIDA POR LOS MAGISTRADOS ANTERIORMENTE EXPRESADOS,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

EL SIGUIENTE

AUTO Nº311

En Pontevedra, a cuatro de octubre de dos mil diecisiete.



Visto el rollo de apelación seguido con el núm. 468/17, dimanante de las **diligencias preliminares** incoadas con el núm. 388/16 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), siendo apelante la solicitante **TAKATA AG**, representada por el procurador Sr. Vaquero Alonso y asistida por la letrada Sra. Viñals Gabañach, y apelados los destinatarios de las **diligencias**, **DALPHI METAL ESPAÑA, S.L.**, **TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L.**, y **Oscar**, representadas por el procurador Sr. Fandiño Carnero y asistidos por la letrada Sra. Valencia García, el letrado Sr. Pipó Malgosa y la letrada Sra. Gual Tomás, respectivamente. Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. **Manuel Almenar Belenguer**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En fecha 9 de marzo de 2017 se pronunció por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), en las **diligencias preliminares** de las que deriva el presente rollo de apelación, Auto cuya parte dispositiva, literalmente copiada, decía:

" Dispongo que debo INADMITIR A TRÁMITE la solicitud de **diligencias preliminares** interpuesta por el procurador Sr. Vaquero Alonso. "

SEGUNDO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación de la promotora de las **diligencias** se interpuso recurso de apelación mediante escrito presentado el 8 de mayo de 2017 y por el que, tras alegar los hechos y razonamientos jurídicos que estimó de aplicación, terminaba suplicando que, previos los trámites legales, se dicte Auto por el que se estime el recurso de apelación y se acuerde la admisión a trámite de las **diligencias preliminares** interesadas, con todos los pronunciamientos favorables y con expresa condena en costas a la parte adversa.

TERCERO .- Del recurso presentado se dio traslado a los destinatarios de la solicitud, que se opusieron al mismo en virtud de otros tantos escritos de fecha 2 de junio de 2017 y por los que interesaron la desestimación del recurso y la confirmación del Auto dictado, con expresa condena en costas a la recurrente, tras lo cual, con fecha 9 de junio de 2017, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial para la resolución del recurso, turnándose a la Sección 1ª, donde se acordó formar el oportuno rollo de apelación y se designó Ponente al magistrado Sr. Manuel Almenar Belenguer, que expresa el parecer de la Sala.

CUARTO .- En la sustanciación del recurso se han observado todas las formalidades legales.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- La petición de **diligencias preliminares**.

La entidad "TAKATA, AG" solicita la práctica de **diligencias preliminares** consistentes en la exhibición de los documentos y libros de contabilidad que relaciona, frente a las entidades "DALPHI METAL ESPAÑA, S.L." (en adelante, DME) y "TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L." (en adelante TAS), y frente a D. Oscar (persona física representante de la anterior), al amparo de los arts. 227, 228 y 229 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en relación con los arts. 256 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La solicitud se fundamenta en el propósito de preparar una demanda en ejercicio de una acción de responsabilidad de los administradores de la sociedad DME, por la presunta realización de operaciones económicas y financieras que habrían causado un grave daño para los intereses sociales y del **socio** minoritario, sobre la base fáctica siguiente:

1º DME, constituida en fecha 16/01/1974, está participada por dos **socios**, TAS -titular de 22.649 acciones que representan el 78,40% del capital- y TAKATA - titular de las restantes 6.240 acciones restantes, que representan el 21,59% del capital-. Hasta el 31/03/2008, fue regida por un Consejo de Administración y, desde dicha fecha, por un Administrador único, la sociedad TRW AUTOMOTIVE SERVICE, S.L. (TAS), que estuvo representada por D. Ángel hasta el 04/05/2010, por D. Candido hasta el 28/04/2015, y, desde esa fecha, por D. Oscar, que actualmente desempeña el cargo.

2º TRW AUTOMOTIVE HOLDINGS CORPORATION era una entidad con sede en Michigan (USA) y entre sus filiales se encuentran las sociedades TRW DEUSCHLAND HOLDING GMBH con sede en Coblenza (Alemania), TRW INTERNATIONAL HOLDINGS BV, con sede en Amsterdam (Holanda) y AUTOMOTIVE HOLDINGS (SPAIN), S.L.U., con sede en Vigo (España).

3º En el año 2015, la entidad ZF FRIEDRICHSHAFEN AG adquirió todo el grupo TRW, de forma que la entidad americana pasó a denominarse ZF TRW AUTOMOTIVE HOLDINGS CORPORATION, y lo que era conocido como grupo TRW, pasó a denominarse ZF TRW.



4º La entidad AUTOMOTIVE HOLDINGS (SPAIN), S.L.U., es propietaria del 100% del capital de TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L., y **socio** mayoritario de las sociedades DALPHI METAL ESPAÑA, S.A., DALPHI METAL SEGURIDAD, S.A., DALPHI METAL INTERNACIONAL, S.A., y DALPHI METAL PORTUGAL, S.A., y se dedica a actividades de holding, en especial, la gestión de las participaciones de la sociedad tanto en DME - de la que ostenta el 78,40%-, como en TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L.U. -en la que tiene el 100%-. Por su parte, TAKATA, A.G., es **socio** minoritario de estas cuatro sociedades, y TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L., administrador único de las mismas, representada por el Sr. Oscar , quien a su vez es abogado asesor del Consejo de Administración de la entidad alemana TRW DEUTSCHLAND HOLDING DMBH.

5º Existen indicios para suponer que tanto el administrador de DME, la entidad TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L.U, como la persona física que la representa, el Sr. Oscar , han actuado de manera sistemática bajo un conflicto de intereses de carácter permanente, sin respetar los deberes básicos previstos en los arts. 227, 228 y 229 LSC, y, en particular, de un lado, evitar situaciones de conflictos de interés tanto en relación a sí mismo como en personas vinculadas, y, en su caso, abstenerse, informando tanto en la junta general como en la memoria, y, de otro lado, actuar con transparencia en su gestión, imputándose las siguientes infracciones concretas:

- *Actuación fuera del objeto social* , puesto que desde hace más de 10 años tiene otorgado un préstamo en favor de la holandesa TRW INTERNATIONAL HOLDINGS, BV, una de las filiales del grupo ZF TRWZF, y por un importe del que DME es acreedor y que viene oscilando entre los 60 y 80 millones de euros; línea de crédito ajena al objeto social y que se ha ido prorrogando automáticamente, sin que haya mediado denuncia, pese al flagrante daño que causa a la sociedad las condiciones pactadas; quebrando del deber de lealtad a favor de una de las sociedades del grupo ZF TRW.

- *Financiación intragrupo* : el grupo ZF TRW utiliza el capital de la sociedad española DME para autofinanciarse en perjuicio evidente del accionista minoritario, que además no pertenece al grupo, y en perjuicio de los trabajadores de DME; quebrando del deber de lealtad ex art. 229 LSC.

- *Interés fuera de mercado del contrato de préstamo* : según se deduce de las cuentas anuales de DME, el préstamo a la sociedad holandesa se remunera con un interés referenciado al Eonia, que no es de mercado y se mantiene negativo desde años, con el consiguiente perjuicio para la sociedad prestamista.

- *Falta de transparencia* : a pesar de los diversos requerimientos, no se ha entregado el contrato ni se ha proporcionado **información** relacionada con esta línea de crédito, perjudicándose de los intereses del accionista minoritario y de los trabajadores.

- *Remuneración del administrador* : según los estatutos de DME, el cargo de administrador no es remunerado, y, habiéndose solicitado **información** en la junta celebrada el 28/06/2014 acerca de cual era la remuneración del administrador, si percibía algún ingreso directo o indirecto de la sociedad o del grupo DELPHI METAL, del grupo TRW o del grupo ZF Friedrichshafen AG, se contestó que ni el administrador ni su representante persona física percibían emolumento alguno, con la salvedad de que respecto del grupo TRW se dujo que "No era objeto de esta Junta", lo que lleva a inferir que la sociedad administradora TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L., es una sociedad interpuesta, y que el Sr. Oscar está siendo remunerado por otras vías por el grupo ZF TRW; esta situación infringe el deber de transparencia sobre la remuneración de los administradores.

- *Fusión por absorción de la sociedad francesa DALPHI METAL FRANCE S.R.L. en liquidación* , aprobada en la junta general de accionistas del ejercicio 2015: DME es propietaria del 100 del capital de la entidad francesa, a la que ha otorgado un préstamo superior a los 20 millones de euros, y, en la junta general de 28/06/2016, DME informó que se había acordado la disolución y liquidación de la sociedad francesa y el nombramiento de un liquidador, designando a tal efecto al propio Sr. Oscar , acuerdos tomados unilateralmente por el administrador de DME sin autorización de la junta e incurriendo en conflicto de intereses porque los intereses de DME y de DMF no son coincidentes.

- *Gestión negligente del administrador* , al haber arrastrado a DME a una sociedad estructural constante de pérdidas derivada de trasladar el beneficio de DME fuera de España a través de operaciones con las sociedades vinculadas de ZF TRW (compras a estas sociedades por encima de los precios de mercado, política de opacidad...).

- *Falta de dedicación y desconocimiento de la sociedad* : el representante persona física de la sociedad reparte sus cargos entre Estados Unidos y Alemania y desconoce tanto la lengua española como la situación de DME.

SEGUNDO.- Posición de las entidades y persona física destinatarias del requerimiento.

Las personas jurídicas y física demandas se oponen a las **diligencias preliminares** solicitadas con argumentos parcialmente coincidentes.



La mercantil DALPHI METAL ESPAÑA, S.A., invoca con carácter previo la falta de legitimación pasiva, dado que, según se infiere de la solicitud, no va a ser demandada en un futuro. En cuanto al fondo, se alega, primero, que la finalidad de la solicitud no es ratificar o descartar sospechas, sino obtener prueba anticipada al margen del cauce legal previsto que es el ejercicio del derecho de **información**, que se pretende hacer valer de forma espuria; segundo, que la documentación interesada en la solicitud afecta a terceras personas contra las que no se formula la petición (y por tanto no tienen posibilidad de alegar y oponerse) ni se anticipa la voluntad de ejercitar reclamación alguna, lo que afecta al deber de confidencialidad.

Por su parte, la entidad TRW AUTOMOTIVE SERVICES invoca igualmente la falta de legitimación pasiva al no ser ni la sociedad mercantil de la que TAKATA, AG, es **socio**, ni un **socio** de la misma, por lo que no concurre el requisito exigido en el art. 256.4 LEC, en el que la solicitante pasa su petición. En cuanto al fondo, se denuncia el carácter abusivo de la petición, contrario a los requisitos procesales, la falta de interés legítimo de la solicitud -al contar con toda la **información** para demandar y construir adecuadamente la relación jurídico-procesal-, y que el verdadero fin de la solicitud es la obtención de prueba anticipada, en un intento de obstaculizar el curso normal de la actividad de DME.

Finalmente, el Sr. Oscar interesó la nulidad de actuaciones, por habersele notificado la solicitud en domicilio distinto al suyo y no acompañar la oportuna traducción de la petición y de los documentos anexos a la lengua oficial de Alemania.

TERCERO.- La resolución desestimatoria de la solicitud.

Centrado así el debate, el Juzgado "a quo" examina en primer lugar la petición de nulidad de actuaciones formulada por el Sr. Oscar, al entender que " *el ahora recurrente de nulidad ha recibido el escrito de solicitud de diligencias previas (sic), que se ha opuesto en tiempo y forma al mismo, por lo que a través de los actos propios del demandado no cabe entender que se haya producido ningún tipo de indefensión* ".

Acto seguido, la resolución analiza la solicitud y las **diligencias** interesadas en el marco del art. 258 LEC y la desestima al considerar que excede del contenido propio de dicha figura "pues deben ser conocidos tales extremos a través del derecho de **información**, cuando pudo y debió ser ejercitado, y no pretender la obtención de prueba anticipada".

Más concretamente, se razona que en las actas de las juntas generales de accionistas celebradas desde 2006 a 2011 consta que se realizaron preguntas sobre la mayoría de los asuntos en relación a los cuales se plantea la solicitud, como el préstamo concedido a la entidad holandesa, de donde se infiere que la actora ejerció su derecho de **información** e impugnó tales juntas dando lugar a procedimientos judiciales, como señala en su escrito de oposición DME.

Asimismo, destaca como muy relevante " *el hecho de que la documentación solicitada comprende los años 2008 a 2015, siendo que los acuerdos adoptados en las juntas fueron impugnados hasta 2011, y las siguientes peticiones de información y documentación se deberían haber obtenido a través del ejercicio del derecho de información, y en caso de entender que éste se había vulnerado, a través de la impugnación de los acuerdos adoptados por tal déficit, que Takata no asistió a las juntas generales ordinarias que se celebraron desde 2012 hasta este año, y no puede por esta vía obtener lo que por su exclusiva inactividad ha dejado de obtener* ".

Disconforme con este pronunciamiento, la parte proponente de las **diligencias preliminares** interpone recurso de apelación, reiterando por esta vía los argumentos expuestos en defensa de la procedencia de las medidas solicitadas, esto es, la existencia de indicios de una conducta constitutiva de ilícito societario, y la necesidad de las **diligencias** como indispensables para la obtención de la **información** que permita constar la existencia de la infracción y, en su caso, la interposición de la oportuna demanda.

CUARTO.- Decisión de la Sala. Requisitos para la adopción de diligencias preliminares en materia societaria (responsabilidad de administradores). Valoración de la conducta denunciada.

Como es sabido, las distintas actividades previas al proceso se orientan, básicamente, hacia dos fines: su evitación y su preparación. La conciliación y las **diligencias preliminares** cumplen, cada una de ellas, con las citadas expectativas: mediante el acto de conciliación se pretende solucionar el conflicto sin necesidad de acudir al proceso, mientras que con las **diligencias preliminares** se intenta preparar el mismo a través de la obtención de **informaciones** o documentos que el futuro actor precisará para la defensa de sus derechos e intereses en juicio.

Centrándonos en estas últimas, en el proceso civil, en la medida que se protegen preponderadamente derechos subjetivos e intereses jurídicos privados, la necesaria actividad de preparación del proceso se confía a las partes y a su dirección técnica, que las deberán realizar por sí, sin contar con la intervención o auxilio de un órgano público. No obstante, siendo ésta la regla general, el ordenamiento procesal civil



autoriza excepcionalmente al futuro demandante para que, a través de las **diligencias preliminares**, solicite la intervención de un órgano jurisdiccional con el fin de que le auxilio en la obtención de la **información** que aquél precisa para preparar el proceso que pretende iniciar.

Las **diligencias preliminares** se vinculan con el principio constitucional de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su doble vertiente de facilitar el acceso a la jurisdicción y poder valerse de los medios necesarios para el ejercicio de los derechos. También suelen apreciarse en la regulación legal razones de economía procesal. Tales fines deben ponderarse a la hora de resolver peticiones de esta naturaleza, en relación con los posibles derechos o intereses afectados frente a la otra parte procesal.

Como hemos señalado en reiteradas ocasiones, es exigencia constitucional que el legislador ofrezca al ciudadano los medios necesarios para ejercer sus derechos en un proceso dotado de todas las garantías, que decida definitivamente el derecho discutido; entre estos medios están aquellos procedimientos que faciliten a quien demanda superar los presupuestos y salvar los óbices procesales, permitiéndole la obtención de una sentencia definitiva sobre el fondo. Se comprende por ello que resulta instrumental para el pleno ejercicio de tales derechos que quien se propone iniciar un proceso pueda decidir, primero, si le conviene entablarlo y, segundo, averiguar determinados aspectos atinentes a presupuestos esenciales para su planteamiento (legitimación, activa y pasiva, órgano competente, procedimiento adecuado).

Por último, la buena fe procesal no es ajena al funcionamiento de esta institución, singularmente en casos como el que ocupa, relativos a la petición de exhibición documental. Así, un comportamiento conforme con este principio de probidad obligaría al futuro demandado a colaborar con el solicitante para obtener datos que le permitan entablar el futuro proceso o decidir sobre su conveniencia, particularmente en aquellos casos en los que la colaboración con la parte contraria no compromete los propios intereses ni la estrategia que pudiera adoptarse frente a la futura reclamación.

La exigencia de la **información** precisa para preparar el juicio puede medirse con parámetros distintos, bien de necesidad, bien de conveniencia o utilidad. En todo caso, el carácter excepcional de la intervención judicial en la obtención de esta **información** determina su subordinación a una serie de presupuestos o requisitos, el primero de los cuales se refiere a la técnica utilizada para delimitar las **diligencias preliminares** que pueden acordarse judicialmente para preparar el proceso civil, esto es, un sistema de *numerus clausus* -en el que tan solo se autorizan las **diligencias** de investigación expresamente previstas en la ley- o un sistema abierto -en el que cabe la adopción de cualesquiera **diligencias**-, con la posibilidad en uno y otro caso de supeditar la adopción de estas **diligencias** previas a la concurrencia de ciertos requisitos adicionales.

Pero presupuestos y requisitos que, en todo caso y dada la relevancia de constitucional de los bienes en juego, deben ser objeto de una interpretación flexible.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 7/2000 sigue la regulación prevista en la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con algún matiz: mantiene el sistema de *numerus clausus* de **diligencias preliminares** susceptibles de adopción (aunque amplía el elenco de supuestos) y de exigencia de determinados requisitos adicionales destinados a evitar una injerencia injustificada y desproporcionada en la esfera de actuación del sujeto pasivo de las **diligencias**.

En esta línea, el art. 256.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que todo juicio podrá prepararse mediante la práctica de las **diligencias preliminares** que relaciona, bien de manera específica bien por remisión a las previsiones contenidas en la normativa sectorial aplicable. Y el apartado 2º del mismo precepto señala que en la solicitud de **diligencias preliminares** se expresarán sus fundamentos, con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar.

El art. 258.1 LEC introduce una doble limitación: " Si el tribunal apreciar que la **diligencia** es adecuada a la finalidad que el solicitante persigue y que en la solicitud concurren justa causa e interés legítimo, accederá a la pretensión, fijando la caución que deba prestarse. El tribunal rechazará la petición de **diligencias** realizada, si no considerare que éstas resultan justificadas... "

La norma exige así un doble requisito para la adopción de las **diligencias preliminares** enumeradas en el art. 256: justa causa o interés legítimo, que responden a la existencia de indicios sobre la existencia de una acción u omisión susceptible de determinar una responsabilidad prevista legalmente, y adecuación de la **diligencia** solicitada a la finalidad pretendida, entendida la adecuación en el sentido de suficiente para la obtención de la **información** y necesaria al no existir otros medios menos invasivos.

En suma, cuando se interesen **diligencias preliminares** al amparo del art. 256 LEC , el peticionario deberá acreditar, primero, la concurrencia de elementos fácticos y/o jurídicos de los que se desprenda la posible existencia de los hechos en los que se podría fundamentar el ejercicio de una acción, y, segundo, la idoneidad de la **diligencia** (en el doble sentido apuntado) para la comprobación de aquellos extremos cuyo conocimiento



resulte objetivamente indispensable para preparar la demanda. Como se ha apuntado antes, tales requisitos han de ser interpretados con flexibilidad, atendiendo siempre al caso concreto.

La demandante justifica la solicitud en la necesidad de " *disponer y comprobar toda la documentación propuesta; poder revisar las cuentas con algunas de las sociedades del grupo y, en particular con la holandesa prestataria, poder someter la **información** contable a un experto contable y con todo ello, tener la certeza de que las deducciones de TAKATA, A.G. ... son fundamento más que suficiente para ejercitar las acciones judiciales oportunas tendentes a exigir responsabilidad a los administradores...*, poder verificar si el órgano de administración ha actuado con transparencia, si ha incurrido o no en conflicto de intereses, si ha actuado diligentemente, si ha respetado la legalidad vigente, entre otras actuaciones que se le deben exigir al administrador de una sociedad ex LSC ".

La petición se basa, pues, en las sospechas sobre el correcto cumplimiento por parte de la entidad TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L. -persona jurídica designada administradora única de DELPHI METAL ESPAÑA, S.L.- y de D. Oscar -persona física representante de aquélla- de los deberes que les corresponden en el ejercicio del cargo de administrador único de DELPHI METAL ESPAÑA, S.L., de conformidad con los arts. 227 y ss. LSC, en relación con los marcos de actuación que se exponen: préstamo concedido a la empresa holandesa, conflictos de intereses y deber de abstención, remuneración del administrador y actuación determinante de graves perjuicios a la entidad a título de dolo y de negligencia.

Sin prejuzgar el fondo del asunto, lo cierto es que los datos ofrecidos, de corresponderse con la realidad en los términos que se relatan, despiertan dudas sobre la posible vulneración por los demandados de las obligaciones inherentes al cargo de administrador y prescritas en los arts. 227 y ss. LSC, en la medida que podríamos encontrarnos -sin afirmar nada, se insiste- ante un comportamiento cuya compatibilidad con la lealtad de un fiel representante y la actuación de buena fe y en el mejor interés de la sociedad, debería ser objeto de estudio a los efectos de comprobar si encuentra encaje en los mencionados preceptos.

Aunque no se cita expresamente por la solicitante de las **diligencias** -hoy recurrente-, la repetida alusión a la responsabilidad de los administradores lleva a centrar la acción que se pretende ejercitar, bien en el ámbito de la acción de responsabilidad individual de los administradores, contemplada en el art. 236.1 LSC, según el cual "*[L]os administradores responderán frente a la sociedad, frente a los **socios** y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa*", añadiendo el apartado 5 del mismo precepto que "*[L]a persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador*"; o bien en sede de acción social de responsabilidad, al amparo de los arts. 238 y 239.1 párrafo 2º LSC, al facultar este último al **socio** minoritario (art. 168 LSC) para ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general.

Los hechos que se exponen como fundamento de las sospechas, esto es, la realidad del préstamo y el interés fijado, las vinculaciones de la persona física que actúa en representación del administrador persona jurídica con terceros relacionados, la fusión por absorción de la filial francesa..., la persona no han sido cuestionados de adverso, con independencia de su relevancia jurídica.

A estos efectos, con la superficialidad propia del trámite que nos ocupa, que obliga a la Sala a quedarse en el mero principio de prueba, pudiéramos estar ante posibles infracciones del deber de lealtad, sea en general o por no evitar posibles conflictos de interés o no abstenerse si concurrieren o no desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con independencia respecto de instrucciones o vinculaciones con terceros.

Pueden citarse, por lo que se refiere a la doctrina jurisprudencial recaída en los mencionados supuestos (acción de responsabilidad por préstamos a filiales, incumplimiento del deber de abstención de los administradores o personas vinculadas, régimen de transparencia de las retribuciones del administrador y necesidad de que los **socios** estén correcta y suficientemente informados sobre la entidad real de las retribuciones y compensaciones de todo tipo que percibe el administrador social, el tratamiento unitario de su retribución...), las STS 68/2017, de 2 de febrero, 222/2016, de 7 de abril, 708/2015, de 17 de diciembre, 100/2014, de 30 de abril, 781/2012, de 26 de diciembre, 135/2011, de 14 de marzo, 555/2010, de 28 de septiembre, 448/2008, de 29 de mayo, entre otras muchas.

QUINTO.- Requisitos para la adopción de diligencias preliminares en materia societaria. La procedencia de las concretas diligencias solicitadas.



Acreditado el primero de los requisitos (causa o interés legítimo), la discusión se traslada al segundo, esto es, la adecuación de la **diligencia** solicitada a la finalidad pretendida (suficiente para la obtención de la **información** y necesaria al no existir otros medios menos invasivos), a lo que, dada la naturaleza de los motivos de oposición esgrimidos, cabe añadir la procedencia de las concretas **diligencias** en relación con las personas frente a las que se solicitan.

La demandante funda las concretas **diligencias** que interesa en el art. 236.1 apartado 4º LEC, conforme al cual el juicio podrá prepararse " *[P]or petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder* ".

Se trata de una **diligencia** que, principalmente, sirve para la averiguación de datos que permitan la fundamentación de la demanda futura y, en su caso, la determinación o concreción de la legitimación pasiva en el proceso ulterior. El objeto de la exhibición se define mediante una fórmula general -documentos y cuentas- que abarca toda clase de antecedentes (libros, contratos, correspondencia...) de los que el solicitante pretenda deducir derechos, obligaciones y responsabilidades.

Lógicamente, no basta la existencia de un derecho de **información** del **socio** o comunero con arreglo a las normas materiales cuyo ejecución se intenta hacer valer mediante las **diligencias preliminares**, sino que es preciso, además, que la solicitud de **información** se dirija a obtener la necesaria para preparar el proceso posterior, como se desprende a la indicación contenida en el art. 256.2 LEC a que en la solicitud deberá expresarse su fundamentación " *con referencia circunstanciada al asunto objeto del juicio que se quiera preparar* ".

Asimismo, tampoco cabe admitir que por la vía de las **diligencias preliminares** se pretenda acceder a una **información** a la que no se tiene derecho como **socio**, so pena de amparar un fraude de ley prohibido por el art. 7 CC.

En esta línea, y centrándonos en el caso que nos ocupa, la documentación aportada con la solicitud de las **diligencias** y, en especial, con el escrito de oposición de DALPHI METAL ESPAÑA, S.L., revela los siguientes aspectos de interés:

- La entidad TAKATA, A.G., impugnó las juntas generales celebradas en los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, que aprobaron las cuentas anuales de los ejercicios 2005, 2006, 2007, 2008 y 2009, alegando entre otras cuestiones la infracción del derecho de **información**; dichas impugnaciones fueron desestimadas.

- La entidad TAKATA, A.G., es competidora de DALPHI METAL ESPAÑA, S.L., como se recoge en el Dictamen de la Comisión Europea de 12/10/2005, que aprobó la adquisición por adquisición de las divisiones de bolsas de aire (airbags) y volantes para automóviles de la segunda por parte de TRW AUTOMOTIVE, el fabricante estadounidense de componentes del automóvil. La Comisión Europea concluyó que la transacción no obstaculizaba de forma significativa la competencia efectiva en el Espacio Económico Europeo o en cualquier parte significativa del mismo, ya que otros operadores de gran tamaño y eficacia seguirán compitiendo en el mercado y los fabricantes de equipos originales (OEM) seguirán teniendo un notable poder de mercado. La Decisión indicaba asimismo que por entonces Takata-Pétri, otro fabricante de airbags y volantes, tenía una participación minoritaria en DME y una participación del 49 % en cada una de las empresas en participación de producción de DME, a saber, Dalphi Metal Seguridad, S.A., Dalphi Metal Internacional y Dalphi Metal Portugal; la Comisión analizó si estas participaciones minoritarias de Takata podían plantear un problema de coordinación entre TRW y Takata en los mercados de airbags y volantes, y, más concretamente, si la adquisición de DME podía, directa o indirectamente, aumentar el flujo de **información** empresarial -como precios y estructuras de costes- entre ambas, otorgándoles el incentivo y la capacidad de coordinarse en los mercados en que TRW/DME y Takata juntos poseían una cuota significativa de mercado, lo que se descartó por las siguientes razones: Takata no tenía ninguna forma de control sobre DME, ni por lo tanto sobre TRW; DME ya había tomado precauciones para evitar que Takata pudiera obtener **información** sobre las actividades de DME o TRW que sirviera de base para el desarrollo de una estrategia comercial coordinada; no existía ninguna relación entre DME y Takata, exceptuando la de una inversión financiera de la segunda en la primera; la fusión no aumentaba la posibilidad de coordinación de las empresas puesto que no incrementaba las oportunidades de ambas de intercambiar **información** empresarial o acceder a la de la otra empresa; y, las características del mercado del automóvil no propiciaban la coordinación y la fusión no modificaba ni el incentivo ni la capacidad de coordinarse de las dos empresas.

- En el Dictamen de la Comisión Europea, en respuesta a la solicitud del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, del 26 de setiembre de 2008, se insiste La Comisión basó su decisión de compatibilidad en el hecho, entre otras cosas, de que DME había adoptado precauciones para evitar que Takata accediera a la **información** relativa a las actividades de DME o TRW que podía servir de base para el desarrollo de una estrategia comercial coordinada, según se refleja en la respuesta de TRW de 30.9.2005, en que se afirma que *los directivos de DME*



han rechazado constantemente la petición de Takata de acceder a la **información** y esto ha generado numerosos contenciosos ante los Tribunales españoles competentes 1., que se han resuelto sistemáticamente, sin ninguna excepción, a favor los directivos de DME. Y a la pregunta sobre si el ejercicio del derecho de **información** de un accionista minoritario, que es un competidor [de la empresa de la que es accionista minoritario no constituye una infracción del artículo 81 del Tratado CE, contestó que:

" Un acuerdo en virtud del cual una empresa debe transmitir **información** a una empresa competidora que tiene una participación minoritaria en el capital de la primera constituye una infracción del artículo 81 del Tratado CE en la medida en que la transmisión de dicha **información** permita, directa o indirectamente, a estas dos empresas coordinar su comportamiento en los mercados de que se trate. La compatibilidad de este acuerdo con el artículo 81 del Tratado CE debe evaluarse en función de los criterios proporcionados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de acuerdos sobre los intercambios de **información** entre competidores.

En este sentido, debemos destacar en primer lugar que para valorar un intercambio de **información** entre competidores es preciso saber si el acuerdo tiene por objeto limitar la competencia. De la jurisprudencia del Tribunal se desprende que a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 del Tratado la consideración de los efectos concretos de los acuerdos es superflua si todo indica que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado. Por consiguiente, una vez que se constata la naturaleza anticompetitiva de un acuerdo, ya no es necesario comprobar si el acuerdo también ha tenido efectos en el mercado...

Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, teniendo en cuenta los citados criterios, si un intercambio de **información** sobre el pasado, habida cuenta de las peculiaridades del caso, puede "tener una repercusión importante sobre el comportamiento futuro de la empresa", al tener como efecto permitir a las empresas que participan en dicho intercambio conocer la estrategia comercial de sus competidores en el mercado, falseando así la rivalidad en ese mercado y aumentando la probabilidad de una colusión, o incluso facilitándola, en contra de lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE .

Por lo que se refiere al derecho de **información** del accionista minoritario, conviene destacar que Takata es un competidor de DME y que, por lo tanto, debe abstenerse de exigir **información** que le permita conocer las posiciones en el mercado y las estrategias de DME, lo que alteraría sensiblemente la competencia entre estos dos agentes económicos. Así pues, aunque existiera una reglamentación nacional que le confiriera ese derecho, Takata no puede alegar su condición de accionista minoritario para obtener **información** sensible desde el punto de vista competitivo. En conclusión, no es posible evaluar en abstracto si el ejercicio del derecho de **información** de un accionista minoritario, que es al mismo tiempo un competidor, constituye o no una infracción del artículo 81 del Tratado CE . La existencia de la infracción dependerá de la naturaleza de la **información** exigida por el accionista minoritario ."

A la luz de estos antecedentes, la solución de la controversia pasa por buscar un equilibrio entre el derecho del **socio** a la **información** social necesaria para ejercitar una acción de responsabilidad ex arts. 236 y ss. LSC y la protección de los principios de garantía la competencia y de confidencialidad, lo que se traduce en circunscribir las **diligencias preliminares** a las necesarias para obtener datos sobre operaciones precisas y concretas susceptibles de generar responsabilidad, con el límite del doble límite objetivo del riesgo para la competencia y subjetivo de las personas a las que se extendería dicha responsabilidad, de manera que, si el primero obliga a fijar la frontera de accesibilidad en la **información** histórica (con exclusión de la que, por cualquier motivo, ya fue objeto de un procedimiento judicial o, por el tiempo transcurrido, es inane desde el punto de vista de la responsabilidad societaria), el segundo delimita el elenco de personas destinatarias.

La concreción de ese equilibrio lleva a la Sala a estimar la procedencia de las **diligencias preliminares** consistentes en la exhibición en la sede judicial, a presencia del Letrado de la Administración de Justicia, de la documentación siguiente:

1ª En relación con la operación de préstamo a la entidad holandesa, el contrato original (apartado "a") y la documentación descrita en los apartados "b" a "e" correspondiente a operaciones realizadas entre los años 2012 y 2014.

2ª En relación con las relaciones intrasocietarias, la documentación descrita en los apartados "f" y "g", relativa a operaciones realizadas entre los años 2012 y 2014.

3ª En relación con el acuerdo de solución y liquidación de la sociedad francesa, el acuerdo por el que DME adoptó tal decisión (apartados "j" y "p").

4ª En relación con las vinculaciones económicas del Sr. Oscar y la sociedad administrada, la sociedad administradora o personas vinculadas, a los efectos de obtención de emolumentos no transparentes o

generación de posibles conflictos de interés, los apartados "k", "m", "n" y "o", circunscritos a D. Oscar , y el apartado "q", desde abril de 2015.

Por el contrario, se excluye la documentación relativa a años anteriores dado el tiempo transcurrido y la existencia de procedimientos judiciales ya resueltos, y al año 2015, por poder entrañar la obtención de **información** idónea para afectar a la libre competencia; la documentación contenida en los apartados "h" e "i", al no considerarse necesaria a los efectos pretendidos por la solicitante; la documentación relativa a fechas anteriores a abril de 2015, respecto de los apartados "k" y "m", al haber sido designado el Sr. Oscar en dicha fecha; la documentación prevista en el apartado "l", al no considerarse que aporte elemento alguno de interés; y, por último, la documentación mencionada en los apartados "n" y "o", respecto de D. Candido , al ser ajeno a los hechos sobre los que se pretende depurar la responsabilidad del actual administrador.

La sociedad demandada DELPHI METAL ESPAÑA, S.L., alega que no está legitimada pasivamente para soportar la pretensión, dado que la propia solicitante no plantea la posibilidad de formular demanda alguna frente a la misma, sino frente al administrador y a la persona física designada en su representación.

Sin embargo, lo cierto es el art. 256.1.4º LEC prevé tal posibilidad y, en todo caso, es la persona jurídica directamente concernida y afectada por los hechos analizados tanto como titular de la documentación, como supuesta víctima de la actuación de los hipotéticos demandados, que son quienes actúan en representación de la misma y que, obviamente, no podrían verse beneficiados de ese doble papel para eludir la exhibición de la documentación que en última instancia pudiera ser beneficiosa para la sociedad a la que representan.

Se aduce también que la **información** solicitada afecta a terceras sociedades, como la entidad holandesa, y podría infringir el principio de confidencialidad. Mas tal objeción no puede acogerse desde el momento en que se trata de una operación entre dos entidades, una de las cuales aparece como destinataria de la petición de **información**, mientras la obra es filial de la matriz de la que también depende la entidad que aparece como administradora de la primera.

Finalmente, se argumenta que la demandante pretende ejercer de modo espurio el derecho de **información**, como mecanismo para obtener prueba anticipada. No obstante, frente a lo que sostienen las demandadas - y parece asumir la resolución impugnada-, el derecho de **información** y las **diligencias preliminares** no son dos compartimentos estancos, ni éstas son subsidiarias del primero en el sentido de que, para solicitar las **diligencias**, sea necesario haber agotado el cauce del derecho de **información**; se trata de dos vías con objetivos distintos y que no interfieren recíprocamente; de hecho, si así fuera, no tendría sentido el supuesto previsto en el art. 256.1.4º LEC .

SEXO.- La caución.

El art. 256.3 LEC dispone que el peticionario ofrecerá caución para responder tanto de los gastos como de los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocasionarse, correspondiendo al Tribunal fijar dicha caución atendiendo a dichas circunstancias, según ordena el art. 258.1 LEC .

En el supuesto enjuiciado, a falta de otros datos, ponderando el contenido de la **información** que se solicita y en relación con las consecuencias que pudieran derivarse de un uso indebido de la misma, la Sala estima adecuado fijar una caución de 6.000 €, que se consideran suficientes para garantizar hipotéticos daños, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que pudiera haber lugar.

SÉPTIMO.-Costas procesales.

La estimación parcial del recurso, y consiguiente estimación parcial de la solicitud, comporta que cada parte deba asumir las costas causadas por su actuación en ambas instancias (arts. 394 y 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad "TAKATA, A.G.", representada por el procurador Sr. Vaquero Alonso, contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (Vigo), debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su consecuencia, debemos admitir y admitimos parcialmente la solicitud de **diligencias preliminares** formulada por "TAKATA, A.G.", frente a "DALPHI METAL ESPAÑA, S.L.", "TRW AUTOMOTIVE SERVICES, S.L.", y D. Oscar , representados por el procurador Sr. Fandiño Carnero, y, en su consecuencia, debemos acodar y acordamos la exhibición en los términos previstos en el art. 259 LEC de la siguiente documentación:



1ª En relación con la operación de préstamo a la entidad holandesa TRW INTERNATIONAL HOLDINGS, BV, el contrato original (apartado "a") y la documentación descrita en los apartados "b" a "e" correspondiente a operaciones realizadas entre los años 2012 y 2014.

2ª En relación con las relaciones intrasocietarias, la documentación descrita en los apartados "f" y "g", relativa a operaciones realizadas entre los años 2012 y 2014.

3ª En relación con el acuerdo de solución y liquidación de la sociedad francesa, el acuerdo por el que DME adoptó tal decisión (apartados "j" y "p").

4ª En relación con las vinculaciones económicas del Sr. Oscar y la sociedad administrada, la sociedad administradora o personas vinculadas, a los efectos de obtención de emolumentos no transparentes o generación de posibles conflictos de interés, los apartados "k", "m", "n" y "o", circunscritos a D. Oscar , desde abril a diciembre de 2015, y el apartado "q".

Se fija una caución de 6.000 €, que la solicitante de las medidas deberá consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado de lo Mercantil, previamente al requerimiento de exhibición, para responder de los posibles daños y perjuicios que pudieran derivarse de la práctica de las **diligencias** acordadas.

Cada parte deberá abonar las costas causadas por su intervención en ambas instancias.

Así lo acuerda la Sala y lo pronuncian, mandan y firman los Magistrados expresados al margen. Doy fe.